

PELIGROSIDAD CRIMINAL E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA*

Emiliano Borja Jiménez

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Individualización judicial de la sanción y Derecho Penal del acto aislado. 3. El reconocimiento en la jurisprudencia española del límite de la cuantía de la pena en la medida de la culpabilidad. 4. Las dificultades en el entendimiento del concepto de peligrosidad en la individualización judicial de la pena. a) Algunos usos impropios del término. b) Breve referencia al entendimiento jurisprudencial de la peligrosidad criminal en sentido propio. 5. Peligrosidad e individualización judicial de la pena en la jurisprudencia de los tribunales españoles. 6. Breve referencia comparativa de la peligrosidad en la determinación de la pena en los modelos alemán y español. 7. A título de conclusión: lo teórico y lo práctico de la peligrosidad criminal como criterio de individualización judicial de la pena.

Resumen: Todo sistema penal otorga al juzgador cierto arbitrio para imponer la pena al reo declarado culpable. En ocasiones ese reo revela en el hecho enjuiciado que va a seguir delinquiriendo en el futuro. La respuesta del ordenamiento jurídico en estos casos suele ser la imposición de una medida de seguridad tras el cumplimiento de la pena. También se puede hacer frente a la peligrosidad del sujeto incrementando la sanción conformando delitos específicos para ello, o recurriendo a subtipos agravados o agravantes genéricas. Pero, ¿es posible que el mismo juzgador tenga la facultad de incrementar la

* El presente trabajo refleja las conclusiones de mi participación en el Proyecto I+D «Derecho penal de la peligrosidad y medidas postdelictuales para prevenir la reincidencia en delitos sexuales y de violencia de género II» (DER2012-38983), otorgado por el MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, y dirigido por el Prof. Dr. Enrique Orts Berenguer, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

condena en su individualización porque el sujeto es peligroso? Los tribunales, en contadas ocasiones, actúan afirmativamente. La doctrina mayoritaria se muestra contraria a esta forma de proceder. La respuesta (y justificación) se encuentra en los fines de la actividad judicial en la determinación de la pena, en los límites impuestos por el principio de prohibición de la doble valoración y en la propia reforma legal arrastrada por las nuevas corrientes del Derecho Penal de la peligrosidad.

Palabras clave: Determinación de la pena. Peligrosidad criminal. Culpabilidad por el acto aislado. Derecho Penal de la peligrosidad.

1. Introducción

El presupuesto de la intervención penal en el ordenamiento jurídico español es la perpetración de un hecho típico y antijurídico. A partir de aquí, tratándose de personas físicas, las consecuencias jurídicas más propias del sistema penal derivadas de esa infracción son la pena y la medida de seguridad. Y mientras que la primera tiene su fundamento en la culpabilidad del autor, la segunda se basa en su peligrosidad. Este sencillo esquema de explicación de los diferentes ámbitos del Derecho Penal de la culpabilidad y del Derecho Penal de la peligrosidad se va enredando en mayores complejidades en algunos supuestos en los que la cuantía de la pena depende en cierta medida de la peligrosidad del sujeto (casos de reincidencia genérica o específica) y en el momento en el que se le puede imponer una medida de seguridad a un reo culpable (caso de la libertad vigilada).

En sintonía con lo que se acaba de señalar, también es sabido que en el Estado de Derecho el fundamento de la responsabilidad penal se halla en el acto aislado cometido por el agente (Derecho Penal del acto). Sólo los sistemas autoritarios toman en consideración la personalidad del autor, su carácter antisocial o la forma en que conduce su vida como base del castigo y de la sanción penal (Derecho Penal de autor). Pero de nuevo esta simplificación oculta ciertas incoherencias de los sistemas punitivos de los países democráticos. Pese a ser cierto que los respectivos ordenamientos jurídicos penales se inspiran en el Derecho Penal del acto, algunas de sus instituciones vienen perfiladas bajo la influencia del Derecho Penal de autor. La clásica agravante de reincidencia no se puede explicar si no se tiene en cuenta cierto comportamiento delictivo del reo en el pasado. También, de forma inversa, las medidas de seguridad postdelictivas se apoyan en ese comportamiento delictivo, pero en una previsión hacia el futuro. Otros institutos, como las categorías de la habituali-

dad o profesionalidad del culpable, la declaración de grupo u organización criminal, o las graves consecuencias de ciertos perfiles de criminalidad (terrorismo, violencia de género, agresiones y abusos sexuales sobre menores, etc.) encuentran dificultades para justificar la específica responsabilidad penal que generan bajo los estrictos límites del hecho antijurídico perpetrado. Por el contrario, cuando se trata de comprender su propia esencia atendiendo a criterios subjetivos fuera de la perpetración del hecho punible concreto, como la peligrosidad del reo, su personalidad antisocial, la formación de su carácter enfrentado a los valores del ordenamiento constitucional o el permanente desarrollo de su existencia en contra de la ley, entonces se entienden estas instituciones con mayor facilidad. Y, ciertamente, aunque todavía representan manifestaciones excepcionales del Derecho Penal de autor, la tendencia actual (y universal) es su incorporación progresiva a la legislación penal material y adjetiva con mayor frecuencia y relevancia a través de las modernas tendencias del Derecho Penal de la seguridad y del Derecho Penal de la peligrosidad. Buena prueba de ello muestran las sucesivas reformas operadas en el vigente Código penal español, especialmente a partir de 2003, alcanzando su máxima expresión en la L. O. 1/2015, de 30 de marzo.

Con la entrada en vigor de esta ley de reforma, e incluso con anterioridad, se publicaron trabajos en los que se llevaba a cabo una profunda crítica en relación con el progresivo avance del Derecho Penal de la peligrosidad en detrimento del Derecho Penal de la culpabilidad; labor de fuerte contestación que continúa hoy en día¹.

¹ De este modo, en relación con el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, puede citarse la obra ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ÁLLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012: Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013*, Valencia, 2013. En este punto también se han manifestado muy escépticos varios trabajos en materia de peligrosidad incluidos en las dos siguientes obras colectivas dedicadas a la Reforma de 2015: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coord.)/GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2.ª edic., Valencia, 2015; y QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, 2015. Entre otros trabajos individuales, en relación con esta última reforma penal, se pueden destacar los dos siguientes: NISTAL BURÓN, J., «Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo: modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8668 (2015); y ALONSO, Roberto, «La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas», *Diario La Ley*, núm. 8654 (2015).

Por tanto, la extensión de ese Derecho Penal de la peligrosidad está siendo objeto de análisis en los últimos tiempos, casi siempre desde un punto de vista crítico². De este modo, los ámbitos de la incidencia de las modernas corrientes del Derecho Penal del riesgo, del Derecho Penal de la seguridad, del Derecho Penal de la peligrosidad, y, en definitiva, del nuevo Derecho Penal de autor en la reforma penal y en el pensamiento científico se encuentra en constante proceso de investigación.

Sin embargo, existe otro interesante ámbito de estudio que todavía no ha sido tratado tan profundamente como el anterior. Es éste que hace referencia a la actuación del poder judicial frente a los supuestos de peligrosidad del sujeto imputable manifestada en los hechos objeto de su enjuiciamiento.

Y, en efecto, cuando el juzgador se enfrenta ante un caso sometido a su veredicto en el que el culpable es responsable penalmente, pero en el hecho se observa que es proclive a repetir en el futuro el crimen perpetrado, u otros relacionados con éste, el sistema jurídico

² Fuera de la Reforma de 2015, se destacan algunos estudios realizados en los últimos tiempos que analizan este progresivo incremento del Derecho Penal de la peligrosidad. Así, en España ALCALÁ SÁNCHEZ, M. J., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona, 2010. AGUADO LÓPEZ, S., *Multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, 2008. ALONSO RIMO, A., «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 17 (2012). ALONSO RIMO, A., «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX (2009); pp. 109 y ss. BORJA JIMÉNEZ, E., *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTOS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.): *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149 y ss. DEMETRIO CRESPO, E., *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.), *Libro homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007; pp. 187 y ss. GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *RGDP*, núm. 16 (2011). GRACIA MARTÍN, L., *Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R./MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008; pp. 988 y ss. LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador», en *Homenaje al Profesor. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 589 y ss. ROBLES PLANAS, R., «Sexual Predators», *Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*. InDret (4/2007). ROIG TORRES, M., «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *RGDP*, núm. 19 (2013). ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología (2009-1)*; pp. 203 y ss.

español determina su respuesta, según las circunstancias, a través de tres vías distintas.

Por un lado, como se ha señalado, cuando se trata de ciertas especies delictivas, se puede imponer, junto a la pena, una medida de seguridad de libertad vigilada. En otras ocasiones, el juzgador viene obligado a incrementar la sanción por la aparición de agravantes, genéricas o específicas, que, en mayor o menor medida, reflejan cierta tendencia a la reiteración criminal en el futuro (reincidencia, profesionalidad, pertenencia a grupo u organización criminal, empleo en el hecho de medios peligrosos, etc.). Finalmente, en el último momento del proceso de determinación de la pena es posible que en la concreta individualización judicial objeto de la condena, también se tenga presente la capacidad del reo para violar la ley penal tras su cumplimiento. Estas formas de reacción también se encuentran en otros sistemas penales que en los ámbitos de la peligrosidad y de la medición de la sanción son distintos al español, como el alemán, que será tomado como referencia comparativa en el análisis propuesto en la presente investigación.

En principio, habría que decir que el juez o tribunal no puede tener en cuenta en la concreción definitiva de la sanción los criterios de peligrosidad que desvela la conducta del autor en el hecho, puesto que el fundamento de la pena tiene que circunscribirse exclusivamente al injusto perpetrado y a la culpabilidad del sujeto en relación con la acción que le sirve de base. Además, como se ha manifestado ya en varios pasajes de esta introducción, cuando el legislador ha considerado excepcionalmente que debe castigarse más gravemente la tendencia a la reiteración criminal en el futuro, ha llevado a cabo la correspondiente regulación legal, de obligado cumplimiento por el respectivo operador jurídico.

Es cierto que últimamente, los principios e instituciones que teóricamente deberían inspirar el ordenamiento jurídico sancionador, encuentran luego obstáculos y dificultades en su proyección sobre la realidad. Y, en efecto, existe una progresiva tendencia en las últimas décadas (al menos, en la legislación penal de los países de corte occidental) hacia el incremento de la duración temporal y de la intensidad de las medidas punitivas encaminadas a hacer frente a la peligrosidad del sujeto³. En países (caso de Alemania, tomado

³ La globalización está imponiendo una tendencia generalizada al endurecimiento de las medidas que los diferentes Estados están estableciendo en los últimos tiempos para hacer frente a la peligrosidad de sujetos que han cumplido su condena. Así lo demuestra un estudio del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Internacio-

aquí como referencia) en los que la pena de prisión no supera los 15 o 20 años, se complementa en estos supuestos por una medida de seguridad de internamiento, cual es la custodia de seguridad (muy limitada para los adultos a partir de 2013). En cambio, en aquellos ordenamientos que no recurren a la medida de seguridad privativa de libertad (caso español), la prisión se alarga notablemente⁴.

Fuera de estos supuestos, cabe preguntarse si los jueces o tribunales recurren a estos criterios de peligrosidad cuando llevan a cabo la individualización de la pena. Y aunque en verdad son pocas las resoluciones en las que se alude a esta valoración personal del autor, parece interesante llevar a cabo un estudio sobre los presupuestos, condiciones y circunstancias de las decisiones que toman dicho fundamento en la concreción de la sanción. Pues de este modo podrá apreciarse la incidencia de las corrientes del Derecho Penal de la peligrosidad en el ámbito judicial de la determinación de la pena.

Para alcanzar este objetivo, el presente trabajo, por tanto, se desarrollará poniendo el acento en el estudio de algunas sentencias del orden jurisdiccional penal español de las Audiencias Provinciales, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. Se analizará este material a la luz de las exigencias que realiza la doctrina en el contexto de los principios que ordenan el vigente sistema penal. Y se explicarán los resultados y aportarán los criterios de decisión que establezcan los límites en el incremento de la sanción por el carácter peligroso del autor del hecho punible.

Tras dicho análisis, y poco antes de finalizar el estudio, se dedicará un apartado comparativo, como se ha venido anunciando, con la experiencia en el derecho alemán. Ello por dos razones de peso. Por un lado, porque sus presupuestos institucionales de reacción frente a la peligrosidad delictiva y de determinación de la pena son muy distintos, y las consecuencias alcanzadas, sin embargo, bastante simi-

nal y Comparado (Freiburg, Alemania), en el que se analizan las medidas legislativas de un relevante grupo de países de Europa y EE. UU. En este sentido, KOCH, Hans-Georg, *Freiheitsentziehende Sicherungsmassnahmen aus vergleichender und Rechtspolitischer Perspektive*, en KOCH, Hans-Georg (Coord.), *Wegsperrten? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter. Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven*, Berlin, 2011; pp. 493 y ss., 497 y 498. «La legislación penal en Europa tiende claramente en los últimos tiempos a otorgar un mayor peso al requerimiento de seguridad de los ciudadanos (como potenciales víctimas del delito) que en las décadas pasadas» (p. 532).

⁴ En este sentido, BORJA JIMÉNEZ, E., «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: Una cuestión de límites», *Revista General de Derecho Penal –RGDP–*, núm. 18 (2012); pp. 1-57, 55.

lares a las acontecidas en el modelo español. Por otro lado, porque esta temática ha sido examinada allí con cierta profundidad, mientras que en España se cuentan con pocas publicaciones al respecto.

Y, finalmente, una vez filtrada la experiencia común de ambos sistemas, se extraerán las conclusiones pertinentes desde la perspectiva interna de cada ordenamiento, y desde una visión más universal que otorgue sentido, aunque no siempre justificación, de la forma de actuación de los respectivos operadores jurídicos en este marco.

2. Individualización judicial de la sanción y Derecho Penal del acto aislado

En el proceso de determinación de la pena, el juzgador tiene que imponer la sanción al culpable del hecho delictivo tomando en consideración la pena base establecida para la figura legal y otros factores que afectan a su clase y cuantía (grado de ejecución del hecho, participación, existencia o ausencia de eximentes incompletas u otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.). Tras dicho proceso se encontrará finalmente ante un periodo con dos límites, mínimo y máximo, que no podrá exceder. Sin embargo, en la sentencia tiene que establecer una sanción exacta en años, meses y días dentro de esos márgenes, claro está. Ese proceso de concreción de la sanción, sometido a unos criterios no siempre fáciles de delimitar, se denomina determinación o individualización judicial de la pena. No se incluye aquí una posible y ulterior actuación encaminada a la suspensión o sustitución de la ejecución de la condena (denominada por algunos autores determinación judicial en sentido amplio)⁵.

La tarea más relevante del juez en esta fase consiste en imponer la pena al culpable atendiendo específicamente a las circunstancias en las que perpetró el hecho delictivo, sin tomar en consideración otros factores de obligada consideración legal en momentos anteriores. Precisamente una de las relevantes cuestiones a dilucidar es aquélla que plantea los criterios que se han de seguir a la hora de elegir la mayor o menor sanción dentro de esos límites impuestos por la ley.

⁵ En relación con el concepto, significado y función de la determinación judicial de la pena, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edic. con la colaboración de GÓMEZ MARTÍN, V. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Barcelona, 2016; pp. 768 y ss.

No se pretende ahora entrar en un debate que ha arrojado muchos artículos y monografías en el ámbito doctrinal, y que supera notablemente los objetivos de análisis de la presente investigación. En este sentido, cabe apuntar que en España existe cierto consenso en torno a la orientación de factores como la específica gravedad del hecho (intensidad del contenido del injusto y de la materialización del resultado, el modo de ejecución de la acción y los medios empleados, etc.), la específica culpabilidad del autor en relación con ese concreto hecho (mayor o menor grado de imprudencia, de la intensidad del dolo o de la exigibilidad de otro comportamiento); y, finalmente, la mayor o menor necesidad preventivo especial dirigida a la resocialización o reeducación del reo⁶. Ciertamente, las referencias legales en el derecho español son pocas. Por un lado, el art. 72 del Código penal (C. p. en adelante) obliga al juez a justificar en la sentencia el grado y la extensión de la sanción impuesta en los supuestos en los que tenga arbitrio para ello⁷. En la práctica esta

⁶ Sobre éstos y otros aspectos relativos a la individualización judicial de la pena, se resaltan los siguientes trabajos, entre los más recientes: TELLO, Pablo L., «Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2 (2014); pp. 194 y ss. AVALOS, León Gordon, «Principio de culpabilidad e individualización de la pena: un ensayo sobre la lesividad del bien jurídico como pauta de perforación del mínimo de las escalas penales. ¿Es posible extender este criterio a los supuestos de extrema vulnerabilidad del agente?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8 (2014); pp. 117 y ss. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española*, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Coord.)/GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (Coord.)/VILLA SEIRO, S. V. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013; pp. 195 y ss. GALLEGU DÍAZ, M., «Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: Evolución jurisprudencial», *Revista de Derecho Penal*, núm. 35 (2012), pp. 9 y ss. GALLEGU DÍAZ, M., «La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88 (2010); pp. 431 y ss. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Determinación judicial de la pena puntual y principio acusatorio», *Diario La Ley*, núm. 7229 (2009). QUESADA MORILLAS, Y. M., «La individualización judicial de la pena en la reforma penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 88 (2006); pp. 237 y ss. BRUALLA SANTOS-FUNCIA, L., «Las reglas de determinación de la pena tras las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003 y 15/2003», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4 (2005); pp. 131 y ss. LANDROVE DÍAZ, G., «La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena», *La Ley*, núm. 3 (2004); pp. 1939 y ss.

⁷ Art. 72: «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta». En relación con la extensión de la pena, el juzgador siempre tiene un margen, entre un mínimo y un máximo, para llevar a cabo su imposición. En cuanto al grado, en cambio, hay supuestos en los que el juez o tribunal puede rebajar la sanción en uno o en dos, como en la tentativa (art. 62) o en la eximente

obligación de motivación de la sentencia es tomada en consideración cuando el juzgador se aparta del mínimo posible, pues solo a partir de ahí comienza el peligro del exceso en la punición, y la necesidad de tutela del principio de proporcionalidad⁸.

Por otro lado, nada dice la ley, con carácter general, sobre los presupuestos que han de tomarse en consideración para llegar a la sanción exacta en el enjuiciamiento. Únicamente, en ausencia de circunstancias atenuantes y agravantes, el art. 66.1.6.º señala que la determinación judicial del castigo debe abarcar aquella extensión que sea adecuada a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del autor⁹. Doctrina y jurisprudencia, sin embargo, han entendido que esta referencia personal al autor y objetiva a la gravedad del hecho concreto se proyecta a todo supuesto en los que el intervalo de la sanción requiera su definición puntual en la realidad¹⁰.

Por tanto, la Individualización judicial de la pena pretende determinar la cuantía de la sanción al reo tomando en consideración

incompleta (art. 68), y otros en los que dicha rebaja es obligatoria por tratarse de un solo grado, como en la complicidad (art. 63).

⁸ En los últimos años algunos autores, siguiendo las tesis de cierta doctrina alemana (especialmente, la obra de HÖRNLE), abogan en favor de una relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho concreto y la específica sanción a imponer, sin tomar en consideración otras necesidades preventivas en este proceso de determinación judicial. Representativo a estos efectos el trabajo de FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena*. Indret, núm. 1 (2007).

⁹ Art. 66.1.6.º: «En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: ... 6.º... cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». Otro dato más lejano lo proporciona el art. 68, el cual establece para la concreción de la pena cuando concurre una eximente incompleta atendiendo al «... número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código».

¹⁰ Y este criterio extensivo es adoptado por la doctrina especializada. A título de ejemplo, GALLEGO DÍAZ, *La aplicación de la pena en consideración...*, cit.; p. 436. Esta interpretación se desprende también de la lectura de otros trabajos significativos en su contenido general. Así, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca, 1999. DEMETRIO CRESPO, E., «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 35 (2003); pp. 9 y ss. DEMETRIO CRESPO, E., «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 50 (1997); pp. 345 y ss. DE LA MATA BARRANCO, N., *La individualización de la pena en los tribunales de Justicia*, Navarra, 2008.

el concreto grado de injusto y de culpabilidad reflejado en el hecho, y teniendo en cuenta las específicas necesidades de punición que reclama ese acontecimiento en relación con ese sujeto¹¹. Ahora bien, frente a lo que ocurre con la definición del delito, que se circunscribe al momento de la acción y del resultado, la determinación de la pena puede tomar en consideración periodos anteriores o posteriores a la ejecución de la conducta antijurídica (por ejemplo, agravante de reincidencia o atenuante de dilaciones indebidas)¹². Claro, que esto es posible en el previo proceso de determinación legal de la pena a través de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Entonces cabe preguntarse si en la ulterior fase de la individualización judicial ha de tomarse en consideración un presupuesto tan amplio, o circunscribirse al ámbito espacio-temporal que coincide con el injusto culpable.

Desde principios del presente siglo, se está imponiendo de nuevo en el ámbito de la teoría de la determinación de la pena una tendencia que proyecta el principio de proporcionalidad de forma estricta en relación con el hecho perpetrado como criterio de aplicación de su cuantía. Dicha tendencia actuaría como reacción frente a las direcciones resocializadoras que tomaron en los años sesenta y setenta el postulado de la prevención especial como fundamento más relevante de la legitimación de las consecuencias jurídicas del delito¹³. Esta nueva corriente, que ha influido decisivamente en los

¹¹ Dicho en otras palabras, «... el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena». SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, en ASÚA BATARRITA, A. (Coord.)/GARRO CARRERA, E. (Coord.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Universidad del País Vasco, 2009; pp. 13 y ss., 18.

¹² BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Valencia, 2015; p. 70. «Las referencias al caso concreto, hecho específico u otras similares están expresando el ámbito que subyace como presupuesto de la determinación penal. Y dicho ámbito es, como se ha visto párrafos atrás, mucho más extenso. Abarca el suelo material sobre el que se asienta el delito, pero puede ampliarse a momentos y circunstancias anteriores y posteriores. Esas circunstancias que tienen lugar con anterioridad a la ejecución del tipo o con posterioridad a su consumación o terminación, tienen una cierta vinculación con el hecho punible, aunque ésta puede ser más o menos intensa». Sobre esta llamada de atención a la más amplia referencia del hecho a efectos de la determinación penal, BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA MARTÍN, L. (Dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006; pp. 283 y ss.

¹³ En palabras de FEIJOO SÁNCHEZ (*Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho...*, cit.; p. 6) «... lo que tienen en común los diversos autores que se pueden englobar bajo esta contracorriente neoclásica, que se caracteriza por buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determina-

países de la Europa continental y nórdica, y también en EE. UU., es la que ha imperado en España mucho antes de su aparición en estos espacios geopolíticos. La tradición jurídica aquí ha impuesto sistemas de determinación de la pena con una fuerte sujeción del arbitrio judicial a la regulación legal (fundamentalmente a través de la implementación del modelo de circunstancias modificativas y de la división de la pena en grados). El propio tenor literal de los preceptos legales, que aluden a la mayor o menor gravedad del hecho, junto con el carácter retribucionista de la mayoría de los textos punitivos hispánicos, han anclado el principio del hecho en todo el proceso de dosimetría penal. Incluso el mismo desarrollo del moderno Derecho Penal español iniciado por las sistemáticas de autores como Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Gimbernat, Cerezo Mir, Cobo Del Rosal, Vives Antón, Mir Puig o Muñoz Conde (entre otros muchos), y que surgen, la mayoría de ellas, del pensamiento político de la etapa de la transición democrática, se construyen bajo el andamiaje de principios constitucionales básicos como el de proporcionalidad. En consecuencia, el Derecho Penal se concibe como un Derecho Penal del acto aislado frente a un Derecho Penal de autor (que se rechaza). Y esta concepción se proyecta, como no podía ser de otra forma, en la institución de la determinación de la pena, incluyendo, por supuesto, la fase de la individualización judicial. De ahí que en España haya cierto acuerdo en el entendimiento de que el criterio orientador más relevante para la determinación de la pena en la sentencia sea la concreta gravedad del injusto culpable manifestada en el hecho. Las específicas necesidades preventivo-especiales de resocialización del culpable son tomadas en consideración, pero raramente como criterio de agravación de la sanción¹⁴. Es decir, que si se admite que el juzgador en la imposición puntual de la sanción ha de tomar en

ción de la pena, es que intentan combatir la idea de que la medida de la pena se pueda ver incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros».

¹⁴ En esta línea, pero incidiendo más en la fundamentación preventivo-especial de la individualización de la pena, DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena...*, cit.; p. 267. En similares términos, pero partiendo de otros presupuestos que se focalizan más en la proyección dogmática de la teoría del delito, SILVA SÁNCHEZ, *La teoría de la determinación de la pena...*, cit.; p. 19. Sin embargo, para FEIJOO (*Individualización de la pena...*, cit.; p. 23), la orientación preventiva de la pena no debe jugar ningún papel relevante en la individualización judicial en sentido estricto: «Si se asume que el delito es un injusto culpable graduable, la determinación de la pena no es más que la graduación del injusto culpable... ...la teoría de la determinación de la pena no es una teoría sobre los efectos que se buscan con la pena concreta en el autor del delito, en terceros o en la sociedad, sino solo una teoría dogmática con todas las ventajas que han hecho triunfar a ésta como ciencia jurídica».

consideración también los fines preventivos que ésta persigue, ello ha de concebirse bajo una perspectiva limitativa, y no extensiva, de la responsabilidad criminal¹⁵.

Sin embargo, todas estas aseveraciones han de tomar en consideración algo muy característico del sistema dosimétrico español. Y es que entre el hecho delictivo y su concreta sanción pueden entrar en juego las atenuantes y agravantes genéricas. En este sentido, cabría plantearse si, al igual que la imagen del injusto culpable en su consideración específica actúa como criterio de valoración de primer orden en la determinación puntual de la pena, ocurre lo mismo con las directrices políticocriminales de las circunstancias modificativas que no son aplicadas, pero cuyo fundamento está presente en el enjuiciamiento del acusado. Más adelante se volverá sobre este punto, de gran relevancia si se quiere tener en cuenta la propia idiosincrasia del ordenamiento punitivo vigente. De momento, esta última reflexión refuerza la idea de que, junto a la gravedad concreta del delito, la individualización judicial de la pena puede verse influida por cierta orientación políticocriminal que se desprende de aquél¹⁶.

Ésta sería una conclusión admisible en el plano teórico y doctrinal, con más o menos matices, representativa de la tradición jurídica española. La cuestión a resolver en los apartados siguientes es si dicha directriz es adoptada por los tribunales, y en qué medida, cuando el factor de concreción de la pena es la peligrosidad del sujeto. Esta misma cuestión se trasladará más tarde (bajo los mismos términos, pero desde una perspectiva de los presupuestos muy distinta) al entorno del sistema penal alemán.

3. El reconocimiento en la jurisprudencia española del límite de la cuantía de la pena en la medida de la culpabilidad

A principios de los años noventa, el Tribunal Supremo (TS en adelante) llevó a cabo un importante desarrollo teórico sobre los

¹⁵ Esta concepción limitativa de los criterios de determinación judicial de la pena es generalmente mantenida en la doctrina española. Por todos, DE LA MATA BARRANCO, *La individualización de la pena en los tribunales...*, cit.; pp. 103 y ss.

¹⁶ Eso sí, entendiendo siempre el delito de forma más amplia, no solo como injusto culpable, sino como presupuesto de la determinación penal, que abarca desde el plano temporal momentos anteriores y posteriores a la realización del hecho punible. Sobre esta idea, ya resaltada, se volverá más adelante.

límites de la individualización judicial de la pena en la aplicación de la agravante de reincidencia¹⁷. No se pretende ahora entrar en la problemática de esta circunstancia modificativa, sino más bien explicar la forma en que el TS concibe la relación entre individualización de la pena y culpabilidad por el acto aislado¹⁸.

El punto de partida se encuentra en el reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad por el hecho aislado, que, tal y como había sido entendido por la doctrina, se extrae del art. 10. 1 de la Constitución Española (CE en adelante) cuando establece la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social¹⁹. En consecuencia, «... dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho»²⁰. Esta doctrina jurisprudencial fue reiterada en una serie de resoluciones inmediatamente posteriores²¹.

¹⁷ La resolución más relevante fue la STS de 6 de abril de 1990 (TOL456.696), cuyo ponente, Enrique BACIGALUPO, inicia una trayectoria en este tribunal que pretende alcanzar la fundamentación material y el límite de la individualización judicial de la pena con base en el principio de culpabilidad por el hecho, tal y como se explica en el texto. En relación con esta jurisprudencia, JAREÑO LEAL, A., «Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990», *Poder Judicial*, núm. 22 (1991); pp. 245 y ss. BORJA JIMÉNEZ, E., «La agravante de reincidencia y su acomodo constitucional», *Revista General de Derecho*, núm. 552 (1990); pp. 6580 y ss. BORJA JIMÉNEZ, E., «Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia», *Revista General de Derecho*, núm. 558 (1991); pp. 1129 y ss.

¹⁸ Tras la reforma operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, el Alto Tribunal se había pronunciado en varias ocasiones en favor de considerar el fundamento de la individualización judicial de la pena en la culpabilidad y no en la peligrosidad del autor. En esta dirección, STS de 23 de mayo de 1989 (ROJ STS 3107/1989), siguiendo a esta otra de 5 de mayo de 1988: «... sin que –dicho sea de paso– quepa buscar actualmente su significado en una mayor peligrosidad, ya que, tras la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, la determinación de la pena conecta fundamentalmente con la culpabilidad y no con otros conceptos más próximos a la imposición de medidas...».

¹⁹ «El punto de partida de esta verificación es la comprobación de que el art. 10.1 CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido». STS de 6 de abril de 1990 (FJ primero).

²⁰ STS de 6 de abril de 1990 (FJ primero). Y como consecuencia más relevante, que será examinada más adelante, «...este punto de partida excluye, en consecuencia, que la pena aplicable sea establecida tomando en cuenta la culpabilidad de hechos anteriores ya sancionados o la personalidad del autor exteriorizada por hechos punibles cometidos en el pasado y que ya han sido motivo de sanción».

²¹ En efecto, consolidaron esta doctrina, entre otras muchas, las SSTs de 15 de octubre de 1990 (TOL457.759), 7 de noviembre de 1990 (TOL2.379.693), 13 de no-

En una de estas resoluciones, continuando con esta tendencia, se expresó el concreto contenido material de la culpabilidad por el acto aislado revelado en el enjuiciamiento tomando como base la gravedad del hecho perpetrado y el límite máximo de imposición de la sanción en la exigibilidad de un comportamiento distinto del regulado por la norma y la reprochabilidad ético-social de los motivos del reo²². Es importante destacar ahora que esta barrera de la culpabilidad por el hecho en la concreta imposición de la pena por el juzgador no puede ser superada por eventuales consideraciones agravatorias fundamentadas en la peligrosidad del agente²³.

Esta afirmación de la culpabilidad por el acto aislado como fundamento de la determinación de la sanción por jueces y tribunales se ha mantenido hasta el momento actual. Podrá observarse a lo largo de las presentes líneas alguna resolución que se sitúa nítidamente en esta posición.

En un tiempo en el que se está imponiendo la aplicación de un Derecho Penal simbólico de forma generalizada, y más específicamente, de un Derecho Penal del enemigo, el TS continúa esforzándose para mantener vigente el principio de responsabilidad por el hecho y no avanzar hacia un sistema punitivo inspirado por la culpabilidad de autor. Estas características propias de la mayoría de los ordenamientos sancionadores en la era de la globalización²⁴ se presentan, de forma más acusada, en ámbitos de criminalidad que generan gran alarma social, como terrorismo, delitos contra la indemnidad sexual de los menores o violencia de género. Aun así, como se

viembre de 1990 (TOL2.380.142), 5 de diciembre de 1990 (TOL457.900), 26 de diciembre de 1990 (TOL2.414.701), 18 de enero de 1991 (TOL5.137.550), 30 de abril de 1991 (TOL454.266) y 5 de junio de 1991 (TOL2.429.053).

²² «... en la determinación de la gravedad de la culpabilidad por el hecho el Tribunal deberá considerar, en general: 1) la gravedad de la ilicitud cometida, 2) las circunstancias que permitan juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma y 3) el mayor o menor disvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor» (STS de 5 de junio de 1991, FJ primero, letra e).

²³ «... en este juicio, como es claro, no entra en consideración el pronóstico desfavorable de conducta futura del autor, que es fundamento de la prevención especial...» (STS de 5 de junio de 1991, FJ primero, letra e, *in fine*). En estos mismos términos de negación de la posibilidad de agravación judicial de la pena atendiendo a fines preventivos especiales se expresa la doctrina española. DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena...*, cit.; pp. 307 y ss. DE LA MATA BARRANCO: *La individualización de la pena...*, cit.; pp. 105 y ss.

²⁴ Sobre la relación entre algunas manifestaciones del Derecho Penal simbólico y del Derecho Penal del enemigo con la era de la globalización, BORJA JIMÉNEZ, E., «Globalización y concepciones del Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, Universidad Santiago de Compostela, 2010; pp. 141 y ss.

acaba de señalar, algunas resoluciones de los tribunales españoles tratan de sustraerse a esa alarma social proyectada casi siempre por los medios de comunicación de masas. A título de ejemplo, la STS de 21 de marzo de 2011 rechazó como elemento de prueba de culpabilidad el informe pericial que acreditaba que el acusado mostraba un perfil psicológico propio de un maltratador²⁵.

4. Las dificultades en el entendimiento del concepto de peligrosidad en la individualización judicial de la pena

a) Algunos usos impropios del término

El concepto de peligrosidad, se quiera o no, está vinculado a la persona responsable de un hecho criminal, y comprende un juicio de pronóstico dirigido a estimar las probabilidades de que dicho sujeto perpetre en el futuro, en un periodo determinado, otras conductas delictivas. No se pretende ahora dilucidar todas las variaciones que pueden afectar a esta institución, ni llevar a cabo una comparación con otras categorías que aspiran a sustituirla (así, la denominada valoración del riesgo)²⁶. Además, la legislación penal española se asienta en esta idea de peligrosidad cuando el C. p. regula los ámbitos en los que es tomada en consideración²⁷. Sin embargo, no siempre que

²⁵ STS 238/2011, de 21 de marzo (ROJ STS 1991/2011): «... por lo que respecta al denominado "perfil" psicológico del maltratador... es que en todo caso semejante diagnóstico, obviamente encaminado a la determinación de la propensión al delito de maltrato, es decir de un grado de peligrosidad, podrá ser útil a la Administración Pública que ha de prestar servicios de prevención del maltrato familiar, de protección de víctimas y en su caso de reeducación de quien tenga ese perfil... pero es improcedente, e incluso inconveniente, en el ámbito de un proceso penal... no estamos en un Derecho Penal de autor, sino de responsabilidad por el hecho... es maltratador quien de hecho maltrata, y esto solo puede afirmarse de quien se prueba, en juicio y con todas las garantías, que realizó esa acción típica, tenga o no tenga perfil psicológico de maltratador».

²⁶ «La peligrosidad criminal es la probabilidad de comisión de delitos futuros por parte de una determinada persona». MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: Consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». *InDret*, núm. 2 (2014); p. 8. Esta idea de peligrosidad que se adopta en el trabajo citado es la que mejor confluye con la utilizada por la legislación penal y con las pretensiones de la gran mayoría de la doctrina, de tal suerte que es perfectamente asimilable en la presente investigación.

²⁷ De este modo, cabe señalar (entre otros muchos ejemplos) que esta idea de peligrosidad como probabilidad de perpetración de hechos delictivos en el futuro por un determinado sujeto se halla en los arts. 6 (sobre el fundamento y los límites de

se utiliza el mentado vocablo por la jurisprudencia de los tribunales se expresa este contenido de probabilidad de comisión de hechos delictivos en el futuro. Es por ello que en los párrafos sucesivos se van a aportar las aplicaciones comunes de este término a efectos de delimitar el uso más correcto conforme al que aquí se ha definido.

Así, es frecuente que el juzgador utilice el término peligrosidad tal y como en ocasiones se hace en el lenguaje común, esto es, como capacidad de infringir un grave menoscabo físico o provocar la muerte de una persona. En este sentido se usa el vocablo en referencia a agravantes específicas de usar armas o instrumentos peligrosos para delitos tales como lesiones, agresiones sexuales o robo. Se habla entonces de la «peligrosidad del arma» o de la «peligrosidad del instrumento»²⁸. En el pasado se llegó a emplear también el concepto en referencia a un comportamiento antisocial con violación de las normas mínimas éticas y de convivencia en la comunidad²⁹. Y se

las medidas de seguridad), 36.3 (otorgamiento especial del tercer grado de cumplimiento de la condena para determinados sujetos valorando su escasa peligrosidad), 83 (que vincula la suspensión de la ejecución de la pena al objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro como sinónimo de escasa peligrosidad), 91 (que vincula el otorgamiento de la libertad condicional a ciertos requisitos en relación con determinados sujetos en similares términos a los planteados en el tercer grado, conectando, entre otros, con la exigencia de la escasa peligrosidad del interno), 97 (que permite dejar sin efecto una medida de seguridad cuando cesa la peligrosidad del autor) o 192. 1 (que posibilita prescindir de la medida de libertad vigilada en los delitos contra la libertad sexual en los supuestos de condenados primerizos y que revelen escasa peligrosidad).

²⁸ En relación con las Audiencias Provinciales, se pueden citar las siguientes resoluciones: SAP Sevilla de 4 de marzo de 2002 (TOL213.970) y SAP Salamanca 27/2009, de 28 de septiembre (TOL1.638.371). La jurisprudencia del TS ha empleado este sustantivo en el sentido señalado en el texto, entre otras, en las SSTS 3077/1994, de 2 de noviembre (ROJ STS 21201/1994), 2007/2000, de 27 de diciembre (ROJ STS 9664/2000), 564/2001, de 28 de marzo (ROJ STS 2593/2001), 1983/2001, de 30 de octubre (ROJ STS 8470/2001), 199/2015, de 30 de marzo (ROJ STS 1716/2015), 314/2015, de 4 de mayo (ROJ STS 2446/2015) y 454/2015, de 10 de julio (ROJ STS 3377/2015).

²⁹ Si bien este concepto de peligrosidad social debería haber desaparecido de la jurisprudencia de los tribunales tras la vigencia de la CE, ciertamente se mantuvo bastantes años después. De esta forma, la STS de 15 de marzo de 1990 (ROJ STS 2445/1990) siguió criterios tan desfasados ya en aquella época como el de la buena o mala conducta informada: «Aunque la determinación de la situación subjetiva de peligrosidad en el agente, no es discrecional, sino reglada, y por ello es posible traer al campo casacional, tal subjetividad... no hay duda en proclamar la existencia de no escasa peligrosidad social en el acusado; se dice lo anterior por las siguientes notas: 1.º Los hechos realizados por el acusado y reflejados en el *factum* de la sentencia recurrida, que indican una falta total y absoluta de los más mínimos principios de respeto a la integridad física y psíquica de las personas, pues se puede hablar de una actitud incivil total. 2.º La mala conducta informada del acusado».

aplica, de igual forma, cuando se quiere expresar que el comportamiento pone en riesgo el bien jurídico protegido (y de este modo se emplea la locución «peligrosidad de la conducta»)³⁰. También en algunos casos de tentativa inidónea se ha querido contrastar la inexistencia del riesgo al bien jurídico con la constatable peligrosidad del sujeto en el comportamiento concretamente perpetrado³¹. E incluso el término se ha utilizado para explicar el menoscabo de bienes y derechos a través de la conducta del autor, refiriéndose entonces a la peligrosidad para la víctima³².

Todos estos usos no se corresponden con la denominada «peligrosidad criminal» en el sentido otorgado al principio del presente apartado. Sin embargo ello no quiere decir que la doctrina jurisprudencial desconozca el significado estricto de esta institución y las consecuencias más relevantes que vienen aparejadas a ella. Por el contrario, las diferentes formas de empleo de la señalada expresión coadyuvan a la variedad de un lenguaje jurídico llevada a cabo por razones de estilo. Por tanto, seguidamente se va a mostrar el entendimiento por parte de los tribunales españoles de la locución «peligrosidad criminal» en el contexto de la valoración de las posibilidades de perpetración de un hecho delictivo en el futuro por parte de una determinada persona.

b) Breve referencia al entendimiento jurisprudencial de la peligrosidad criminal en sentido propio

Con carácter previo, cabe señalar que, en ocasiones, la diferenciación entre peligrosidad y culpabilidad resulta difícil llevarse a cabo. Pues un intenso juicio de reproche en el caso concreto motivado por la especial perversidad del ánimo del sujeto exteriorizada en la notable gravedad de su comportamiento en relación con los bienes y derechos de la víctima (culpabilidad) puede ser indicativo, a su vez,

³⁰ Este uso del término es frecuente en el ámbito de las Audiencias Provinciales, especialmente en los delitos contra la seguridad vial. Por todas, SSAP Madrid 720/2009, de 6 de julio (TOL1.574.692), 5/2012, de 4 de enero (TOL2.436.177) y SAP Valencia 496/2014, de 20 de mayo (TOL4.464.991). También en el TS se encuentran vestigios de esta forma de expresarse: SSTS 1336/2005, de 2 de febrero (ROJ STS 560/2005) y 409/2013, de 21 de mayo (ROJ STS 2700/2013).

³¹ SSTS 842/1999, de 28 de mayo (ROJ STS 3742/1999), 2122/2002, de 20 de enero (ROJ STS 183/2002), 256/2008, de 14 de mayo (ROJ STS 2809/2008) y 294/2012, de 26 de abril (ROJ STS 3740/2012).

³² Un ejemplo de ello lo proporciona la STS 920/2011, de 29 de julio (ROJ STS 5839/2011).

de una proclividad a reiterar esos hechos en el futuro (peligrosidad). Este desbordamiento y confusión de ambos planos se suele presentar precisamente cuando se trata de la misma víctima que sufre en reiteradas ocasiones dilatadas en el tiempo las agresiones de su victimario. Especialmente en el ámbito de la violencia de género, estos dos planos de la culpabilidad y de la peligrosidad se superponen sin que resulte fácil llevar a cabo una nítida diferenciación entre ellos³³.

Fuera de estos supuestos, la idea de peligrosidad criminal empleada por los tribunales penales no suele ser muy distinta de la apuntada en esta investigación. Esto es, como valoración de las posibilidades de comisión futura de hechos delictivos respecto de un sujeto que ha perpetrado un acto antijurídico.

Como se ha señalado en otras ocasiones, la idea de peligrosidad apunta siempre a la persona del responsable del hecho ilícito, sea imputable o no. «...El sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento específico, derivado de sus especiales condiciones personales»³⁴. Y, desde luego, el grado cualitativo y cuantitativo de la señalada institución viene determinado por el juicio de pronóstico de las posibilidades de perpetración de otros hechos delictivos en el futuro por parte del sujeto que cuenta con determinadas características de su personalidad que infieren esas posibilidades³⁵.

³³ Este fue el caso objeto de consideración de la ST S 863/2004, de 9 de julio (ROJ STS 4961/2004). La reprochabilidad de la conducta del reo era de entidad (rociar con colonia y prender fuego los genitales de su pareja, hacerle comer sus heces y beber sus orines, atarla con una cuerda, provocarle múltiples lesiones...). Pero el comportamiento se había reiterado tras varias rupturas y reanudaciones de la relación. La experiencia con la perversidad del ánimo del sujeto también determinaba, a su vez, una expectativa de que dicho comportamiento acontecería de nuevo si se volvía a reencontrar con su víctima. «La Audiencia ha determinado la pena aplicable teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, el peligro que representa el acusado y, en definitiva, la dinámica de la violencia desarrollada por éste... ...la gravedad de los hechos es manifiesta, dado que el recurrente ha causado a la víctima no solo lesiones de consideración en forma reiterada, sino que le ha negado su carácter de persona al darle un trato semejante al que se da a ciertos animales... ...la reiteración de los hechos y la nula advertencia que para el acusado ha significado la condena anteriormente impuesta, por otra parte, son reveladoras del peligro que representa para la víctima... ...la consideración de esta peligrosidad en la determinación de la pena impuesta no es objetable desde el punto de vista del principio de culpabilidad, toda vez que la gravedad de la pena resultante no supera la de la culpabilidad del autor» (FJ tercero).

³⁴ STS 124/2012, de 6 de marzo (ROJ STS 1391/2012).

³⁵ «... La peligrosidad demostrada por la misma, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el futuro». Esta doctrina está ya muy asentada, y ha sido expuesta, con éstas o similares referencias, entre otras, en las

Este correcto entendimiento de la peligrosidad, sin embargo, ha sido perfilado en el contexto de las medidas de seguridad y para sujetos inimputables o semimputables, que es donde adquiere su mayor relevancia. No obstante falta por analizar, como pretende el presente trabajo, su verdadera incidencia en el concreto marco de la individualización judicial de la pena.

5. Peligrosidad e individualización judicial de la pena en la jurisprudencia de los tribunales españoles

Las referencias jurisprudenciales que se han expuesto apuntan a que el TS, cuando examina la incidencia de la peligrosidad del sujeto en el proceso de determinación de la pena, la ha tomado en consideración, en gran medida, en el contexto de la aplicación de agravantes específicas (relacionadas con el empleo de armas o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física) o de circunstancias modificativas genéricas (como la agravante de reincidencia)³⁶. En este último caso, especialmente a partir de los años noventa, surgió con fuerza una corriente que pretendía limitar los excesos preventivos especiales de la presunta peligrosidad del sujeto en la barrera de la culpabilidad exteriorizada en el concreto hecho cometido. Fuera de este ámbito, no han surgido muchos pronunciamientos en relación con el papel que ha de jugar la eventual probabilidad de reiteración delictiva del condenado en el proceso final de individualización judicial de la sanción. A pesar de ello, aquí se van a traer a colación algunas resoluciones que, aunque no sea de una forma muy abierta, alumbran en la dirección de cierta toma de posición al respecto.

De este modo, se ha recurrido a la ausencia de peligrosidad en el reo para estimar que la imposición concreta de su pena puede ser desproporcionada³⁷. Ello significa, en cierta medida, que de haber

SSTS 47/2004, de 23 de enero (ROJ STS 271/2004), 345/2007, de 24 de abril (ROJ STS 2748/2007), 65/2011, de 2 de febrero (ROJ 691/2011), 124/2012, de 6 de marzo (ROJ STS 1391/2012), 216/2012, de 1 de febrero (ROJ STS 1954/2012) y 58/2016, de 4 de febrero (ROJ STS 290/2016).

³⁶ En ocasiones, como es el caso de la STS 1748/1984, de 13 de diciembre (ROJ 564/1984), también se han fundamentado otras agravaciones genéricas, en parte, por la mayor peligrosidad criminal del sujeto (así, en la alevosía).

³⁷ Se recurre al argumento de la escasa peligrosidad del reo para imponerle el mínimo legal de la sanción en la STS 1807/2000, de 25 de noviembre (ROJ 8618/2000). Con mayor frecuencia se utiliza este criterio atenuador en la Audiencia Nacional, y, entre otras muchas, como botón de muestra pueden citarse las siguientes SSAN: 30/2005, de 7 de noviembre (TOL5.264.990), 11/2003, de 26 de marzo (TOL496.102),

existido en el caso altas posibilidades de volver a reincidir, muy posiblemente se hubiera rechazado el correspondiente recurso y la condena se habría estimado conforme a derecho³⁸.

Y, en efecto, en el otro polo se encuentran actuaciones judiciales en las que se fundamenta un incremento de la penalidad en su concreta individualización (especialmente, cuando se trata de delitos contra la vida) atendiendo a la gran capacidad criminal del sujeto para prever que en el futuro va a seguir reiterando su comportamiento delictivo³⁹. También en el área de los delitos de tráfico de drogas se ha mantenido que es posible un aumento de la pena en su concreción final tomando en consideración los antecedentes del sujeto (aun cuando no concurriera la agravante de reincidencia) reveladores de

6/2003, de 4 de febrero (TOL496.051), 35/2002, de 22 de julio (TOL501.708) y 20/2000, de 25 de julio (TOL5.223.188).

³⁸ En este sentido, STS de 10 de octubre de 1987 (TOL2.327.979): «No obstante la desestimación del recurso que razonadamente se establece, esta Sala del examen objetivo de las actuaciones deduce: que el hecho enjuiciado no revistió trascendencia social, ni ocasionó quebranto físico o moral significativo para la víctima; que tampoco revistió perjuicio patrimonial al ser recuperados y devueltos a la misma los objetos sustraídos; que ambos procesados tenían 18 años al realizar los hechos y carecían de antecedentes penales; que la conducta observada e informada de aquéllos era buena y ambos tenían ocupación laboral estable, lo que indica su carencia de peligrosidad social, cuyos factores inducen a considerar excesiva la pena impuesta, y en su consecuencia a proponer conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2 del Código Penal, su conmutación por la que se estima procedente en este caso concreto, aunando los intereses superiores de justicia con los que aconsejan la ponderación y equidad en su más correcta extensión, elevando a estos fines el informe preceptivo al Gobierno de la Nación en propuesta de gracia por indulto personal y parcial, degradando la penalidad decretada al grado y extensión que se determina en aquel» (FJ segundo). En este mismo sentido, la STS de 15 de marzo de 1990 (ROJ 2445/1990) desestimó el correspondiente recurso de casación que entendía desproporcionada la pena impuesta al autor por entender que no quedaba suficientemente probada su falta de peligrosidad criminal, mientras que se constataba su peligrosidad social.

³⁹ Este fue el caso enjuiciado por la STS 132/2001, de 6 de febrero (ROJ 730/2001), en el que no se deja lugar para la duda en relación con la gran relevancia que se le otorga a la peligrosidad del sujeto en la concreta individualización judicial de la pena. «La extrema gravedad de los múltiples asesinatos realizados, los disparos a la cabeza efectuados a sangre fría alardeando el acusado de sus facultades como «profesional» de la muerte, etc. etc., ponen de relieve, con la sola lectura del relato fáctico y del conjunto de la fundamentación jurídica, que es difícil encontrar un supuesto en que concurren con mayor entidad los dos parámetros de gravedad de los hechos y peligrosidad del delincuente que fundamentan la imposición de las penas en su nivel más riguroso, como ha hecho razonablemente el Tribunal sentenciador» (FJ séptimo). En similares términos, y también para un caso de asesinato, se pronunció la STS 542/2004, de 23 de abril (ROJ 2686/2004). En un supuesto de lesiones, se estimó esta doctrina en la STS 579/2005, de 5 de mayo (ROJ 2865/2005).

una mayor peligrosidad criminal⁴⁰. El mismo proceder se ha trasladado a delitos patrimoniales y falsedades vinculados con éstos⁴¹. De igual forma, el factor agravatorio de la tendencia a la reiteración delictiva se ha manifestado en el marco de violencia de género⁴², de delitos contra la libertad sexual⁴³ e incluso contra la seguridad del tráfico vial⁴⁴. Sin embargo, todos estos criterios han sido utilizados frecuentemente en los delitos de terrorismo⁴⁵.

También hay que tener en cuenta, como se ha señalado en párrafos anteriores, que es usual que el juzgador, en supuestos de inaplicación de la agravante de reincidencia por no concurrir los requisitos formales exigidos, tome en consideración los antecedentes delictivos del sujeto y de ahí derive la existencia de cierta capacidad criminal que justifique finalmente un incremento de la pena dentro de su margen de arbitrio. Este recurso argumentativo, de igual forma, se ha empleado en relación con las agravantes específicas. Y si no existe bastante material probatorio que sustente su aplicación, pero suficiente para demostrar la inclinación a la reiteración criminal del sujeto, el incremento de la sanción se ha trasladado a la fase de la individualización judicial⁴⁶. En fin, como se indica en el

⁴⁰ STS 749/2009, de 3 de julio (ROJ 4693/2009). Como es natural, son más frecuentes las resoluciones de la Audiencia Nacional, dado que entran dentro de su competencia los delitos de tráfico de droga a gran escala. SSAN 53/2013, de 26 de julio (TOL3.889.475), 48/2011, de 6 de octubre (TOL2.645.393) y las resoluciones de este órgano citadas en la nota 37.

⁴¹ STS 1052/2009, de 28 de octubre (ROJ 6887/2009). Para el delito de hurto, se destaca la SAP Barcelona 664/2014, de 28 de julio (TOL4.507.821).

⁴² Así, la SAP Asturias 94/2009, de 4 de mayo (TOL1.528.410) aumentó la pena en un delito de amenazas en un contexto de violencia de género por los reiterados SMSs que el autor remitía a la víctima.

⁴³ Se destaca, a título de ejemplo, la SAP Salamanca 27/2009, de 28 de septiembre (TOL1.638.371).

⁴⁴ Entre otras, SSAP Madrid 5/2012, de 4 de enero (TOL2.436.177) y 720/2009, de 6 de julio (TOL1.574.692) y SAP Valencia 496/2014, de 20 de mayo (TOL4.464.991).

⁴⁵ Destacan las SSAN 39/2015, de 14 de octubre (TOL5.532.108), 19/2011, de 27 de abril (TOL2.642.476), 47/2010, de 1 de junio (TOL1.871.729), 35/2009, de 27 de abril (TOL1.761.660), 52/2007, de 11 de septiembre (TOL4.202.021), 23/2005, de 27 de mayo (TOL5.265.008) y 5/2005, de 21 de febrero (TOL5.264.421).

⁴⁶ En la STS 1781/2000, de 17 de noviembre (ROJ 8363/2000), el tribunal sentenciador no pudo demostrar que los acusados pertenecían a una organización criminal, y por tanto, la correspondiente agravante específica para el delito de tráfico de drogas venía inaplicable. Pero quedó constatado que se había puesto a disposición de los sujetos armas de gran calibre, y junto con otros datos se llegó a la conclusión de su profesionalidad en este campo de lo ilícito. Y se superó el mínimo en la concreción de la sanción en dos años, estimando el TS que esta individualización estaba suficientemente justificada.

próximo apartado, esta forma de proceder también se desarrolla en el seno de los tribunales alemanes.

Reconocido, por tanto, que dentro del margen de arbitrio que le queda al juzgador en la concreción final de la sanción cabe un espacio atenuador para la ausencia de peligrosidad del sujeto, o agravatorio para su presencia, se hace obligatorio (en este último caso) recurrir a una mínima fundamentación para que sea tomada en consideración. Es decir, cuando el juez sentenciador se aparte del mínimo a imponer y endurezca la sanción por estimar que el penado va a repetir su comportamiento delictivo en el futuro, tiene que motivar su condena conforme a los indicios e inferencias que deriven de la redacción de los hechos probados⁴⁷. Y de no hacerlo así, su resolución es susceptible de ser revisada en el correspondiente recurso de casación⁴⁸. Pues la valoración de dicha peligrosidad no es discrecional, sino reglada⁴⁹.

En un apretado resumen de todo lo expuesto en el presente apartado, se desprende que la jurisprudencia de los tribunales toma en consideración la peligrosidad criminal del reo en el proceso de determinación de la sanción en tres momentos distintos. El primero de ellos, en relación con la modificación de la pena base, cuando en ocasiones fundamenta ciertas agravantes específicas (como la utilización de medios o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad física) con base en cierta tendencia criminal del sentenciado. En un segundo momento, en el que se toman en consideración las circunstancias modificativas genéricas, interpreta alguna de ellas

⁴⁷ Un buen ejemplo de esta motivación de la individualización judicial de la pena inferida de la redacción de hechos probados se muestra en la STS 2194/2002, de 30 de diciembre (ROJ 8907/2002): «De ellos se desprenden circunstancias relevantes, que permiten destacar en el aspecto personal o subjetivo, la peligrosidad del autor, no solo por lo que fue capaz de preparar y ejecutar (esparció la gasolina por varios lugares, para que se tradujeran en distintos focos de ignición; utilizó dos garrafas o bombonas de gasolina, etc.), sino el riesgo futuro de que persista y reitere estas conductas, y si su personalidad se halla trastornada y su carácter es impulsivo o poco reflexivo, no cabe duda que el pronóstico de nuevos delitos puede ser mayor y mayor la necesidad de pena».

⁴⁸ Así ocurrió en la STS 851/2013, de 14 de noviembre (ROJ 5703/2013). El recurrente fue condenado a cuatro años de prisión por lesiones cualificadas del art. 150 del C. p., un año más del mínimo correspondiente. Sin embargo, en la motivación del fallo de la Audiencia, se razonó con la superficial alusión de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor, sin aportar ni un solo dato de la narración fáctica. El TS, con buen criterio, entendió que ello era insuficiente, casó la respectiva sentencia e impuso el mínimo legal de tres años de prisión.

⁴⁹ En este sentido se manifestó expresamente la STS 917/1990, de 30 de marzo (ROJ 13158/1990).

(como la reincidencia, alevosía o ensañamiento) bajo los parámetros de la exteriorización de la inclinación a la reiteración delictiva del sujeto en el futuro. Y, en lo que aquí más interesa, en la última fase en la que se concreta la cuantía, esto es, en la individualización judicial de la pena, también se ha tenido en cuenta la peligrosidad criminal del autor.

Es cierto que la gran mayoría de las resoluciones condenatorias evitan apoyarse en este criterio para llevar a cabo la concreción puntual de la sanción. Incluso se ha podido apreciar que su ausencia ha permitido en algunos casos estimar injustificado no aplicar el límite mínimo de la pena, o discriminar su cuantía entre distintos intervinientes en un mismo hecho antijurídico. Sin embargo, aunque la fundamentación de la agravación de la sanción en esta última fase con base en este criterio es excepcional, se ha recurrido a ella en ciertos sectores delictivos y en todos los órdenes judiciales.

En efecto, la Audiencia Nacional ha sido, quizás, el órgano jurisdiccional que con mayor frecuencia ha utilizado el argumento de la peligrosidad para desplazarse más allá del mínimo en la imposición final de la pena, especialmente en delitos de terrorismo y de tráfico de drogas. Esta constatación cuantitativa derivada de un minucioso análisis de un gran número de resoluciones en este ámbito, no es casual. En el último apartado se explicará la razón de tal proceder que, por otro lado, es bastante predecible. También el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales se han apoyado en esta clase de motivación para endurecer la sanción de injustos contra la vida muy graves (especialmente asesinatos) cuando las condiciones de perversidad del ánimo del autor demostraban un absoluto desprecio por este relevante bien jurídico, más allá del que de por sí conlleva la ejecución de mentada figura delictiva.

Yendo a otros casos concretos, la peligrosidad del sujeto enjuiciado también ha agravado la sanción en este último paso del proceso dosimétrico en delitos patrimoniales y vinculados a ellos. Incluso se puede observar que diferentes Audiencias Provinciales han castigado más duramente la reiteración de comportamientos ilícitos (aunque no pudiera considerarse por razones formales la agravante de reincidencia) en los delitos contra la seguridad vial. Eso sí, el mismo TS ha reiterado que, estando justificado recurrir a la posible tendencia delictiva del reo como fundamento agravatorio en la concreta determinación de la pena, dicha posibilidad debe inferirse mínimamente del relato de hechos probados.

Esta es, a grandes rasgos, la práctica de los tribunales españoles en relación con la influencia de la peligrosidad del reo en la indivi-

dualización de la pena. No obstante quedan muchas cuestiones sin resolver relativas a la valoración que merece esta forma de actuación. Habría que examinar si esta función de prevención especial le corresponde al juzgador, o ya ha sido tomada en consideración por el legislador cuando ha tipificado determinados subtipos agravados o la circunstancia genérica de reincidencia. La reflexión continúa paralelamente si se cae en la cuenta que desde el año 2010 la peligrosidad criminal constituye el presupuesto de la medida de seguridad de libertad vigilada en ciertos hechos punibles. Como medidas de seguridad postdelictivas, achican el campo de actuación de la peligrosidad en el último espacio de libertad para imponer la pena. Y si tras este análisis se llega a la conclusión de que, efectivamente, le es permitido al juzgador recurrir a la probable recaída en el delito como criterio de medición de la sanción hasta su concreta imposición, habrá que establecer los presupuestos y límites de esta actuación.

Pero va a ser en el último apartado, donde se esbozan las conclusiones más relevantes de la presente contribución, en el que, de forma sumaria se van a responder a estas y a otras cuestiones intentando explicar y valorar la interpretación expuesta de los tribunales desde una perspectiva teórica que no pierda este sentido práctico.

Pero antes de llegar al final se considera oportuno presentar estas mismas cuestiones con sus respectivas respuestas, si bien de forma muy sintética, en un sistema jurídico muy diferente del español (tanto en el tratamiento de la peligrosidad postdelictiva como en la forma de llevar a cabo el proceso de imposición de la pena). De este modo se podrá confrontar con otra realidad los resultados obtenidos para así llegar a cierto conocimiento sobre las directrices generales en esta materia. Ello revestirá un mayor enriquecimiento a las explicaciones y conclusiones vertidas en el último escalón de esta aportación.

6. Breve referencia comparativa de la peligrosidad en la determinación de la pena en los modelos alemán y español

En el ordenamiento jurídico español, como se ha visto y se volverá a ver en el próximo apartado, las medidas de seguridad postdelictivas para sujetos que revelan peligrosidad en el hecho enjuiciado, se encuentran limitadas a un escaso número de figuras delictivas. Es por ello que esta tendencia a la reiteración criminal en el futuro también se vea contemplada en las diferentes fases de la determinación

de la pena (en la propia configuración del tipo básico, en la aplicación de agravantes específicas, en la apreciación de circunstancias modificativas, y, finalmente, en la individualización judicial). En otros sistemas, como el alemán, los supuestos de intervención frente a la peligrosidad tras la ejecución del hecho punible, con carácter general, no están restringidos, de tal suerte que la propensión futura al crimen se toma en consideración en el marco de las medidas de seguridad, y no en la pena, salvo lo que concierne a la contemplación de ciertas figuras delictivas y determinados subtipos agravados. No existe, como en Italia o España, un elenco limitado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el proceso para llegar a la concreta imposición de la sanción se lleva a cabo a través de unos criterios generales contenidos en el § 46. 2 del StGB (Código penal alemán).

El interés de la presente comparación radica en el hecho de contrastar en este ámbito dos sistemas frontalmente diferenciados en dos puntos sobre los que gira esta contribución.

Por un lado, en la forma de intervención frente a la peligrosidad del reo imputable. Aquí el sistema penal español, utiliza la medida de seguridad de libertad vigilada y para un pequeño sector de la criminalidad. En cambio, el sistema alemán, aparte de esta y otras medidas, también recurre a mecanismos de intervención más drásticos de privación de libertad y en un ámbito de hechos punibles mucho más extenso (si bien en los últimos años, tanto el TEDH-Tribunal Europeo de Derechos Humanos) como el BVerfG –Tribunal Constitucional alemán– han limitado notablemente la aplicación de la denominada *custodia de seguridad*, obligando al legislador a llevar a cabo reformas penales en este sentido⁵⁰).

Por otro lado, la determinación de la pena, y sobre todo, su individualización judicial, también se configuran conforme a estructuras y fines políticocriminales muy diferenciados en uno y otro ordenamiento. De este modo, el arbitrio del juzgador español está sometido considerablemente por factores que afectan a la clase y a la cuantía de la pena (en este caso, por la obligada consideración de las agravantes y atenuantes genéricas). En cambio, este arbitrio es mucho más amplio para el juez alemán, quien no se encuentra ante una tabla cerrada de circunstancias modificativas de la responsabilidad

⁵⁰ Sobre esta temática, de nuevo, BORJA JIMÉNEZ, «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización», *RGDP...*, cit.

criminal, sino ante criterios amplios que tienen que dirigir el sentido y la cuantía de la individualización de la sanción⁵¹.

Ante la situación de un reo que cumple condena y sobre el cual existe un fiable pronóstico de peligrosidad, las posibilidades de intervención del poder punitivo, al menos en el plano teórico, son distintas en ambos países.

Y, en efecto, en el marco de las medidas de seguridad, en España solo podría considerarse la aplicación de la libertad vigilada para un pequeño grupo de delitos, mientras que en Alemania, además de ésta mencionada, se podría tomar en consideración la custodia de seguridad, y para un extenso número de figuras delictivas. En consecuencia, en el ordenamiento penal germánico, al igual que en el hispánico, la tendencia a la reiteración criminal podría ser contrarrestada, fuera del ámbito de las medidas de seguridad, a través de la consideración de ciertas figuras delictivas (asociación ilícita, organización criminal, etc.) y de concretos subtipos agravados que modifican la pena base del hecho antijurídico. Y es a partir de aquí cuando se observan las diferencias más sustanciales (aparte de las apuntadas) entre las instituciones punitivas señaladas de los dos países.

En el sistema alemán, la cuantía de la pena y su individualización judicial se desarrollan en un mismo momento a través de los criterios generales del § 46. 2 del StGB. En el sistema español, por el contrario, antes de la entrada de los factores de individualización judicial de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales de su autor, pueden aparecer agravantes o atenuantes genéricas de obligada consideración. Y aquí se refleja otra notable diferencia en

⁵¹ No se pretende ahora llevar a cabo un exhaustivo análisis del sistema alemán de determinación de la pena. Sobre esta temática se pueden consultar los trabajos monográficos (considerando preferentemente los más recientes) que a continuación se citan. BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessung*, 3.^a edic., Köln, 2016. STAHL, Dominik, *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht*, Berlin, 2015. WEIGEL, Hannah, *Entwicklung, Gegenwart und Perspektiven des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Hamburg, 2015. MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4.^a edic., Berlin Heidelberg, 2015. GIANNOULIS, Georgios, *Studien zur Strafzumessung*, Tübingen, 2014. TEIXEIRA, Adriano, *Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre*, Baden-Baden, 2014. SCHÄFER, Gerhard, *Praxis der Strafzumessung*, 3.^a edic., München, 2012. SCHIER, Jörg-Thomas, *Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen*, Berlin-Münster, 2012. STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3.^a edic., Stuttgart, 2012. FRISCH, Wolfgang (Dir.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen, 2011. KOHLSCHÜTTER, Hans, *Die Quanten des Unwerts der Straftat*, Aachen, 2011. DETTER, Klaus, *Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts*, Köln, 2009. HÖRNLE, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.

la estimación de la peligrosidad del reo en el proceso de medición de la pena.

En efecto, en el ordenamiento jurídico español las posibilidades de reacción del poder público con medidas de seguridad ante el condenado peligroso son muy limitadas. Es por ello que la intervención se desarrolla en el plano de la sanción punitiva, tanto en el marco concreto de determinación de la pena a través de ciertas agravantes genéricas (sobre todo la reincidencia), como en la individualización judicial de la misma. Queda así, por tanto, un espacio para enfrentar la proclividad criminal del sujeto con la pena (esta idea se desarrollará en el apartado siguiente). En cambio, el ordenamiento jurídico alemán otorga al juzgador un gran elenco de posibilidades de intervención en un considerable número de ilícitos con medidas de seguridad postdelictivas que serían de aplicación especial, dejando vedada su influencia en un incremento de la pena para no incurrir en la violación del principio del *non bis in idem*.

Esta conclusión se refuerza, como se ha reiterado en varios pasajes de este trabajo, por el hecho de que el sistema punitivo español se caracteriza por un frecuente recurso a largas penas de prisión, mientras que desconoce la medida de seguridad postdelictiva privativa de libertad. Todo lo contrario sucede en el sistema punitivo alemán, cuya prisión no excede de 15 años, y, sin embargo, todavía mantiene la medida de custodia de seguridad, privativa de libertad. De todo ello, parece deducirse que en ambos países se pretende hacer frente a la peligrosidad del sujeto con su encierro, bien venga éste originado por una pena, bien por una medida de seguridad. Pero estas aseveraciones son producto de una primera y superficial interpretación de los principios fundamentales de cada uno de estos ordenamientos en los dos campos señalados de la peligrosidad y la determinación penal. Habrá que profundizar algo más para establecer si la realidad responde a este esquema. Y, a partir de aquí, en el presente apartado se analiza, aun brevemente, la situación en el ordenamiento penal alemán, y en el siguiente, ya conclusivo, en el español.

El § 46. 2 del StGB viene intitulado con referencia a los principios o fundamentos de la determinación de la pena. En su párrafo primero se establece que la culpabilidad constituye la base de la medida de la sanción, y que se han de tener en cuenta los efectos de la misma en la futura reintegración social del autor. En el párrafo tercero se incluye el denominado principio de prohibición de la doble valoración (*Doppelverwertungsverbot*), similar al principio de inherencia del art. 67 del Código penal español, y en virtud del cual no se pueden tener en cuenta en la determinación de la pena las cir-

cunstancias que constituyen características del tipo legal. Y es el párrafo segundo el que contiene los criterios más relevantes para llevar a cabo el proceso que culmina con la condena, concreta y puntual, del sujeto.

Así es, en efecto, el § 46. 2 comienza señalando que para la determinación de la sanción el juzgador ponderará todas las circunstancias que se expresen a favor y en contra del autor, citando particularmente las que el legislador considera más relevantes. Entre las que pudieran mostrar un mayor grado de vinculación con la peligrosidad del reo se destacan «... el carácter... ...la vida pasada del autor, sus circunstancias personales y financieras...». A partir de aquí la cuestión a dilucidar recae sobre la legitimidad de considerar estos factores como causa de agravación cuando todos ellos apuntan hacia la consideración de serias probabilidades de reiteración delictiva en el futuro.

Una primera respuesta, que también se puede admitir en el sistema español (como se afirma en el apartado siguiente), negará esta posibilidad si al reo, precisamente por ser considerado peligroso, se le impone tras la condena una medida de seguridad. Pues de este modo un mismo fundamento (su peligrosidad), derivado de un mismo hecho repercutiría en una doble valoración con dos distintas consecuencias negativas para el autor responsable. Por un lado, se utilizaría como criterio para agravar la pena. Y, por otro lado, legitimaría la aplicación de una medida de seguridad tras el cumplimiento de la condena. Todo lo cual, evidentemente, constituye una flagrante violación del principio del *non bis in idem*.

Sin embargo, la realidad en la actuación de los operadores jurídicos germanos es otra bien distinta. Los factores de determinación penal del § 46.2 del StGB, que son unánimemente considerados como vagos e indefinidos, en su ambivalencia (como criterios de agravación y atenuación) han conducido por diversas vías a estimar la peligrosidad del autor como argumento para incrementar la sanción.

Así, por ejemplo, supuestos de ingesta consciente de alcohol que aumentan la agresividad del sujeto que conscientemente busca situaciones que generan violencia conocidas por experiencias anteriores, son contemplados como merecedores de mayor sanción (hinchas radicales, bandas juveniles, grupos neonazis que se sumergen en el alcohol y en las drogas buscando el enfrentamiento físico con el ad-

versario o persiguiendo a sus víctimas)⁵². Ello teniendo en cuenta las orientaciones del mentado precepto, que apoyan esta interpretación considerando el carácter, la vida anterior o los antecedentes del reo. Incluso se ha recurrido al argumento de la culpabilidad como fundamento de la medición de la pena establecido en el primer párrafo, aduciendo una mayor reprochabilidad por la especial disposición antijurídica del ánimo del autor⁵³.

Esta misma tendencia de considerar la peligrosidad del sujeto como criterio para la agravación de la pena ha tenido sus apoyos teóricos en un amplio sector de los monografistas germánicos. Especialmente cuando se trata de sujetos que perpetran el hecho criminal con antecedentes penales. Y en este sentido se ha dicho que el reo reincidente demuestra que no se ha dejado influir por las condenas precedentes en la medida en que no le ha convencido la validez de la norma de conducta expresada por la resolución del tribunal que le ha sentenciado. Lo cual indicaría que su comportamiento adolece de una suficiente motivación en orden a la confianza en el Derecho. Por el contrario, la reincidencia constituiría la expresión de una tenaz y permanente tendencia a la perpetración delictiva. Estas mismas consideraciones se trasladarían a los supuestos de hechos pasados cometidos, aunque no hubieran sido sancionados (por indulto, amnistía, prescripción, etc.)⁵⁴.

Claro, que también existen posiciones que entienden que la peligrosidad del sujeto, cuando no puede combatirse con una medida de seguridad, es inviable enfrentarla con la pena incrementando su cuantía en el correspondiente proceso de determinación. El problema, que también se estudia para el caso español en el presente trabajo, radica en los supuestos en los que tras el cumplimiento de la condena existe un fiable pronóstico de reiteración del comportamiento delictivo en el futuro, pero insuficiente para la consideración de la pertinente medida de seguridad. Si se estima entonces que la sociedad tiene necesidad de proteger sus bienes jurídicos ante estos sujetos pese a haber satisfecho su deuda con la Justicia, la única op-

⁵² MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen...*, cit.; pp. 210 y ss. El autor muestra en estas páginas una pormenorizada relación de resoluciones del BGH (Tribunal Supremo alemán) que han actuado en el sentido señalado en el texto.

⁵³ MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen...*, cit.; pp. 226 y ss., con continuas referencias jurisprudenciales.

⁵⁴ BRUNS, Hans-Jürgen, *Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2.^a edic., München, 1985; p. 223. También estas ideas han sido aceptadas por algunas resoluciones del BGH. Al respecto, TIMM, Frauke, *Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, Berlín, 2012; p. 251, y en especial, las notas 710 a 713.

ción posible en un Estado de Derecho sería el recurso a medidas de policía de vigilancia e intervención preventiva amparadas por la correspondiente legislación administrativa de seguridad ciudadana⁵⁵.

Sin embargo, la ausencia de peligrosidad del sujeto (infractores primerizos, por ejemplo) se ha considerado que, si bien no automáticamente, en un gran número de casos puede actuar como criterio atenuador⁵⁶.

En definitiva, la doctrina alemana, con carácter general, considera ilegítimo el incremento de la sanción del sujeto enjuiciado cuando éste muestre en el hecho cierta tendencia a repetir su conducta delictiva en el futuro. Y ello fundamentado por el hecho de que es en el ámbito de las medidas de seguridad donde tiene que ser tratada la peligrosidad del reo que ha cumplido su condena. Y si dicha peligrosidad no revela la intensidad suficiente para imponer la correspondiente medida, la solución no se encuentra en el marco de la determinación penal, sino en el campo de los mecanismos de prevención establecidos en el derecho administrativo de policía. Por otro lado, los tribunales, si bien de forma limitada, en determinados grupos de casos ya tasados por su jurisprudencia, llegan a considerar la probabilidad de reincidencia del sujeto como criterio de agravación conforme a las directrices establecidas en el § 46. 2 del StGB. Finalmente, tanto doctrina como jurisprudencia, aunque no de forma automática, han estimado la ausencia de peligrosidad del autor (especialmente cuando carece de antecedentes penales) como criterio mitigador de la sanción también con base en el carácter ambivalente de los factores de individualización de la pena señalados en dicho precepto.

En el próximo apartado, último y conclusivo, se va a poder comprobar que estos resultados no son muy diferentes de los observados en el sistema penal español, a pesar de las notables diferencias en las dos instituciones tratadas. Y se ensayará una explicación que, aunque de forma sumaria, otorgue respuesta a este pequeño enigma.

⁵⁵ Esta posición es mantenida por TIMM, *Gesinnung und Straftat...*, cit.; pp. 252 y ss. Otros autores son reacios a considerar los criterios de los antecedentes penales o la vida anterior del reo como agravatorios en la determinación de la pena. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung...*, cit.; p. 163. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen...* cit.; p. 275. ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie «Schuld»*, Mainz, 1990; p. 78.

⁵⁶ Opinión bastante común en la doctrina alemana. Por todos, MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen...*, cit.; pp. 205 y ss. TIMM, *Gesinnung und Straftat...*, cit.; p. 254.

7. A título de conclusión: lo teórico y lo práctico de la peligrosidad criminal como criterio de individualización judicial de la pena

El sistema español de determinación de la pena, como cualquier otro, pretende limitar el arbitrio judicial hasta límites razonables. Con el establecimiento de la pena base (en las figuras delictivas genéricas) o de la pena base modificada (en los subtipos agravados o atenuados), el legislador se atribuye con carácter general la competencia de valorar la proporcionalidad de la sanción en relación con el injusto culpable abstractamente considerado. Y es aquí donde adquieren mayor relevancia los fines retributivos y de prevención general de la correspondiente consecuencia jurídica que acompaña a dicha figura delictiva. En la individualización judicial de la pena, por el contrario, al juzgador se le atribuye la competencia de, a través de la sanción, aproximarse todo lo posible a la valoración que merece la gravedad del hecho concretamente perpetrado en relación con las circunstancias personales del específico sujeto interviniente en el mismo. Ahora la función de prevención general de la consecuencia jurídica del delito tiene menor relevancia en relación con la retributiva (entendida desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto) y de prevención especial.

La particularidad de algunos ordenamientos como el español radica en que entre ambos momentos dosimétricos se encuentran fases intermedias en las que se toman en consideración factores como el grado de ejecución del hecho, la autoría o la participación y las eximentes incompletas, entre otros (determinación de la clase de pena); o la incidencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (determinación cuantitativa de la pena). En estas fases intermedias se sigue pretendiendo estrechar el arbitrio judicial con criterios generales de obligado sometimiento (que la complicidad debe castigarse con la pena inferior en grado, la tentativa con la inferior en uno o dos grados, la reincidencia con la mitad superior de la pena, etc.). Pero, al mismo tiempo, se quiere auxiliar al juzgador para que la materialización del injusto culpable en la realidad se corresponda con unos límites más definidos de la sanción a imponer⁵⁷. Es así como se fundamenta el proceso de determinación de la pena con base en la culpabilidad por el acto aislado.

⁵⁷ Estas notas sobre el proceso de determinación de la pena en el sistema español son asumidas por la doctrina. Por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...*, cit.; pp. 758 y ss.

No obstante, el mentado principio de culpabilidad por el acto aislado no siempre se impone en todos los ámbitos punitivos. Y, en efecto, en ciertas instituciones (terrorismo, criminalidad organizada, delincuencia profesional, etc.) se acogen ya en su seno algunas características propias del Derecho Penal de autor y cuando el juzgador las interpreta para definir la pena base o la pena base modificada (incluyendo, como se ha visto, algunas agravantes específicas relacionadas con la utilización de medios o instrumentos concretamente peligrosos para la vida o la integridad física), tenga que tomar en consideración, en ocasiones, la peligrosidad del reo. Ahora bien, dicha peligrosidad criminal que ha sido tenida en cuenta en la primera fase de la determinación de la pena, no podrá a su vez fundamentar un ulterior endurecimiento por esta misma causa en el momento de su individualización judicial. Ello queda vedado por el principio de prohibición de la doble valoración en materia de determinación penal, que constituye una mera proyección del *non bis in ídem* en este ámbito. Lo dicho también es predicable del modelo alemán, que aquí ha sido tomado como comparativo para explicar de forma más contrastada ciertas consecuencias que parecen universalizarse.

Con esta prohibición de la doble valoración, como se ha señalado, se respeta la distribución de competencias entre el legislador y el juez. La desvaloración global del hecho viene realizada por aquél en la tipificación de la figura delictiva básica acompañada por la pena abstracta (que representa la función de prevención general de delitos). La consideración particular del hecho adaptada a las concretas circunstancias personales del autor y específicas de la gravedad de su conducta, es una tarea que le corresponde al juzgador, que plasmará en la condena atendiendo a las distintas causas de exasperación o mitigación punitiva. Si dichas causas formaban parte de la desvaloración global del hecho realizada por la ley en la tipificación de la figura delictiva, también se perturba el principio de división de poderes (legislativo y judicial), y de sus funciones particulares en el castigo de los delitos⁵⁸. Y este mismo planteamiento tendrá que aplicarse cuando la relación se establezca entre una circunstancia modificativa genérica y la concreción final de la sanción por el juzgador. Es decir, por poner un ejemplo, que si se impuso la mitad superior de la pena porque en el autor concurría la agravante de reincidencia, sería ilícito que la cuantía definitiva se situara en el máximo de esa mitad superior precisamente porque la aplicación de la causal del art. 22.8.º del C. p. ha demostrado que el sujeto era peligroso. El

⁵⁸ En relación con estas ideas, BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Valencia, 2015; pp. 67 y ss.

principio de prohibición de la doble valoración, por tanto, constituiría el primer límite en la apreciación de la peligrosidad como criterio de motivación de la agravación de la condena. En el sistema alemán, en la medida en que no existen circunstancias tasadas genéricas, sino criterios generales ambivalentes de atenuación y agravación, esta relación de inherencia es más difícil de advertir y de ahí el mentado axioma sufra vulneraciones con mayor facilidad⁵⁹.

Distinto es el caso en el que el juzgador, sin sobrepasar el límite mínimo y máximo del periodo que se encuentra al final del proceso de determinación de la sanción, no pudiendo aplicar una circunstancia específica o genérica en el caso objeto de su enjuiciamiento, recurre al fundamento que la inspira proyectado sobre la peligrosidad del sujeto para desplazarse más allá del mínimo imponible. Ello sería lícito puesto que se toma en consideración valoraciones propias del legislador como orientación de lo que deba entenderse en la concreta individualización de la pena por «gravedad del hecho» y «circunstancias personales del autor». No se puede crear una agravante específica o genérica analógicamente, y por tanto, tampoco se puede superar el arbitrio legalmente permitido en la imposición de la pena por el juez. Pero es lícito proyectar los criterios marcados por el legislador en la desvaloración del hecho a través de subtipos agravados o agravantes genéricas (que no concurren en los hechos probados), cuando del relato fáctico se desprende, de forma paralela, la peligrosidad del sujeto. Si los antecedentes ya se han cancelado, pero el reo ha perpetrado por enésima vez el delito de robo violento, no concurrirá la agravante de reincidencia y no será de obligada imposición la mitad superior de la pena de dos a cinco años de prisión (el juez, estará facultado, pues, para no llegar a los 3 años y seis meses de privación de libertad). Pero perfectamente podría establecerse en la concreta individualización de la sanción tres años de prisión atendiendo a un fundamento paralelo a la circunstancia del art. 22. 8.º, y sin llegar a sobrepasar los límites que corresponderían a su imposición. Ya se ha visto que en ocasiones el TS ha recurrido a esta fundamentación en este marco de la causal genérica, pero también en las específicas

⁵⁹ Se ha visto, de igual forma, que la ausencia de peligrosidad se ha valorado como criterio al que recurría el juzgador para imponer el mínimo de la sanción. Pues bien, si esa ausencia de peligrosidad ha venido determinada de igual forma por la concurrencia de una atenuante (por ejemplo, confesión a la autoridad), ello no obligaría a que se estimase, marcado el límite de la imposición de la sanción en la mitad inferior, el mínimo posible alegando exclusivamente esta razón. También se ha visto que en el ordenamiento germánico la ausencia de peligrosidad puede tomarse como criterio de atenuación, pero la ausencia de circunstancias modificativas genéricas determinaría que este problema no se suscitase aquí.

(no se puede probar en el delito de tráfico de drogas la pertenencia a organización criminal, pero sí el empleo de medios que demuestran una gran dosis de profesionalidad reveladores de una tendencia a repetir el injusto típico en el futuro). Bajo otros presupuestos, el BGH también ha actuado de forma similar, pero sin la referencia de una orientación marcada por ciertas agravantes genéricas.

Este planteamiento puede trasladarse, de igual forma, a la vinculación de la peligrosidad criminal con una medida de seguridad postdelictiva establecida legalmente.

Así es, pues el principio de prohibición de la doble valoración no permitirá al juzgador que el pronóstico positivo de reiteración criminal en el futuro del reo endurezca su sanción y esa misma fundamentación se utilice para aplicar una medida de libertad vigilada tras el cumplimiento de la condena⁶⁰. Por tanto, tendrá que procederse de este modo cuando la imposición de esta medida de seguridad sea obligatoria, como ocurre en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192. 1) o terrorismo (art. 579 bis. 2), salvo que se trate del único delito de un sujeto primerizo no peligroso. Pero incluso en aquellos supuestos donde la imposición de dicha medida es facultativa (delitos contra la vida, contra la integridad física y contra la integridad moral) y el tribunal no recurre a ella, tampoco podrá invocarse la peligrosidad del condenado para agravar la pena privativa de libertad. Pues si se considera que el sujeto adolece de cierta inclinación a reincidir en su conducta delictiva en el futuro, deberá aplicarse la libertad vigilada, y si no se toma ésta en cuenta, es porque dicha tendencia no tiene la relevancia suficiente para una mayor intervención punitiva. Estas mismas consideraciones tienen mayor calado en el derecho alemán por estar más generalizada la intervención con medidas de seguridad postdelictivas. Y aunque, como se ha visto, la doctrina argumenta en este sentido, no faltan resoluciones judiciales que ocasionalmente agravan la pena del sujeto por el peligro de reiteración delictiva sin llegar a apreciar previamente la libertad vigilada o la custodia de seguridad.

Por las razones apuntadas, se puede extraer aquí otra conclusión. En aquellos sectores de criminalidad en los que la peligrosidad del

⁶⁰ No sería admisible señalar que la pena y la medida de seguridad tienen distinto fundamento. Pues sin entrar en un debate mucho más profundo del que se puede tomar parte aquí, ni la pena está exenta del carácter preventivo especial, ni la medida de seguridad se separa totalmente de la intervención en la persona del reo por la gravedad del delito perpetrado. Pero lo que ya sería inconcebible es que el mismo criterio de peligrosidad criminal tuviese una distinta razón de ser según incidiese en una u otra consecuencia jurídica.

sujeto establezca la obligación o la facultad de imponer una medida de seguridad postdelictiva con base en la peligrosidad del sujeto, dicha peligrosidad no podrá constituir el fundamento de un endurecimiento de la pena en su concreta individualización.

Sin embargo, fuera de estos ámbitos delictivos en los que tras la condena se puede aplicar la libertad vigilada (delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual y terrorismo), como infracciones contra el patrimonio o tráfico de drogas, se observan frecuentes supuestos de delincuencia habitual o profesional, y, no obstante, como se acaba de señalar, esa tendencia a la repetición del comportamiento antijurídico no es susceptible de ser abarcada por una medida de seguridad postcondena. Esta situación propia del derecho español puede explicarse, si ello es posible, porque en estos últimos casos el legislador ha preferido hacer frente a la peligrosidad criminal del sujeto mediante un endurecimiento de la pena privativa de libertad a través de agravantes específicas⁶¹. No es de extrañar, por tanto, que haya sido la Audiencia Nacional el órgano jurisdiccional que con mayor frecuencia ha recurrido a la peligrosidad criminal del reo para incrementar su condena. Pues los supuestos de terrorismo o de tráfico de drogas agravados entran en su competencia con mayor facilidad que en otros órdenes judiciales. El sistema alemán, en cambio, en estos supuestos más graves también puede recurrir tras la condena a una medida de seguridad incluso privativa de libertad (custodia de seguridad) para de este modo «compensar» la pena de prisión, mucho más corta que en España. De uno u otro modo, en los supuestos más graves de peligro de reincidencia en el delito, ambos sistemas

⁶¹ Y, como ya ha quedado reflejado en varios pasajes del presente trabajo, algunas agravantes específicas de los delitos señalados en el texto solo pueden explicarse desde consideraciones propias del Derecho Penal de autor, o ser interpretadas, en parte, bajo criterios similares. Así, por ejemplo, en los hurtos y robos con fuerza en las cosas, se pueden citar los subtipos agravados de reincidencia específica (art. 235.1.7.º), utilización de menores de 16 años (art. 235.1.8.º) o participación en organización o grupo criminal (art. 235.1.9.º). Se ha visto, asimismo, que la agravante de uso de armas u otros instrumentos peligrosos en el robo violento o intimidatorio (art. 242.3) también se ha interpretado en el contexto de condicionamientos propios de la persona del autor. Y, en lo que se refiere al tráfico de drogas, algunas de sus circunstancias específicas de agravación se perfilan desde una perspectiva de la peligrosidad del autor, como son la participación en actividades criminales organizadas (art. 369.1.2.º), empleo en el hecho de violencia, o exhibición o uso de armas (art. 369.1.8.º), participación en organización criminal, o administración o dirección de la misma (art. 369 bis), utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos (art. 370.1.º), administración o dirección de otras actividades criminales organizadas (art. 370.2.º) y, finalmente, conductas de extrema gravedad (art. 370.3.º).

incrementan la privación de libertad, sea con el aumento de la pena, sea con el recurso a la custodia de seguridad (si bien en este último caso, tras la reforma legal motivada por las resoluciones del TEDH y BVerfG, como se ha señalado, se ha reducido notablemente su ámbito de aplicación desde el 1 de junio de 2013).

El legislador español, ciertamente, podría haber optado por la medida de seguridad postdelictiva para imputables peligrosos de forma genérica, en un gran número de delitos, y complementar de este modo la pena privativa de libertad. Pero al incrementar reforma tras reforma la duración de la prisión, y seguir manteniendo la libertad vigilada para muy pocos hechos punibles, deja claro que sus intenciones son otras. Se pretende hacer frente a la peligrosidad del sujeto con mayor privación de libertad en la pena impuesta. Y esto se puede conseguir, como reiteradamente se ha expuesto en este trabajo, de varias formas. En unos casos, ampliando el marco punitivo de la correspondiente figura delictiva. En otros, creando agravantes específicas (e incluso genéricas) que se fundamentan, aunque sea en parte, en la inclinación del sujeto a reiterar su conducta hacia el delito en el futuro. Por último, ofrece al juzgador la posibilidad de que tome en consideración la peligrosidad criminal del sujeto para endurecer la sanción en su individualización puntual⁶². Eso sí, en todo caso habrá que respetar el principio de prohibición de la doble valoración. Y aunque esta última posibilidad no es la más deseable desde un planteamiento políticocriminal de los fines de la pena y de las medidas de seguridad postdelictivas, ello no significa que vulnere principios constitucionales si se respetan los límites que aquí se han señalado. Y ésta ha sido, con carácter general, la posición adoptada por los distintos órdenes jurisdiccionales en el sistema penal español, y en cierta medida, también en el alemán. Este paralelismo resulta curioso si se tiene presente la diferencia estructural en ambos ordenamientos tanto en lo relativo a la medida de seguridad postdelictiva como al proceso de determinación de la pena. Es por ello que la cuestión apuntada merece ahora una última reflexión.

En efecto, en ambos sistemas, la estimación de la peligrosidad como criterio de incremento de la sanción en su individualización judicial encuentra poca o nula legitimación en el ámbito de la doc-

⁶² Entre los criterios que aporta SILVA SÁNCHEZ (*La determinación de la pena como sistema...*, cit.; pp. 23 y ss.) para la individualización del castigo, no se encuentra la peligrosidad criminal. Sin embargo, uno de los factores que presenta («... elementos de contenido expresivo o simbólico... ..riesgos para otros bienes: las consecuencias extratípicas previsibles...»), relevante en la medición de la sanción, apunta a que pueda abarcar la tendencia reincidente del autor.

trina, aun cuando los tribunales recurren a él en no muy frecuentes ocasiones. Y, tal y como se ha señalado líneas arriba, ambos ordenamientos se presentan en las respectivas instituciones bien distintos. Esto es, tanto en la forma de intervención frente al sujeto peligroso que ha cumplido su condena, como en el marco de la determinación de la pena. A pesar de ello llegan a resultados bastante similares.

La explicación de esta similitud se encuentra, posiblemente, en los nuevos vientos que trae la política criminal del Derecho Penal de la peligrosidad. Cuando es el propio legislador quien, reforma tras reforma, introduce constantes incrementos de la penalidad a través de la creación de nuevas figuras delictivas, de la modificación de las ya existentes, de la incorporación de nuevos subtipos agravados y del aumento de los marcos penales de otros hechos punibles no reformados, la reacción de los operadores jurídicos es muy similar en toda sociedad que materialmente estructure su convivencia como Estado de Derecho. Por un lado, la doctrina, preocupada por salvaguardar los principios constitucionales que inspiran el sistema penal tradicional, argumentará en favor de limitar los excesos de ese Derecho Penal de la peligrosidad, aunque tenga que ser en detrimento de la hipotética seguridad ciudadana y salvaguardando las garantías del reo peligroso. Los tribunales, en su actividad jurisdiccional de aplicación de la ley, se ven influidos por estos nuevos intereses policriminales que fundamentan las recientes instituciones, aunque sea de forma más limitada que la que pretende el propio legislador. Y por ello se explica que, en uno y otro país, la literatura jurídica no acepte con carácter general, por ilegítimo, el incremento de la pena por parte del juzgador cuando éste proceda a su individualización en la correspondiente sentencia. Y por ello se entiende que este juzgador, sin embargo, influido por las constantes y nuevas directrices que apuntan en un único sentido reforma penal tras reforma penal, acabe por incrementar la sanción dependiente de su más o menos limitado arbitrio cuando el responsable en el caso que está enjuiciando revela cierta tendencia a repetir su comportamiento antijurídico en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. J., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona, 2010.
- AGUADO LÓPEZ, S., *Multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid, 2008.

- ALONSO RIMO, A., «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, núm. 17 (2012).
- «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX (2009); pp. 109 y ss.
- ALONSO, Roberto, «La nueva regulación de la suspensión de la pena tras la reforma del Código Penal: necesidad de la creación de la figura del juez de ejecución de penas», *Diario La Ley*, núm. 8654 (2015).
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012: Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal «Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012»*, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013, Valencia, 2013.
- ASPRION, Peter, *Gefährliche Freiheit?* Freiburg, Basel y Wien, 2012.
- AVALOS, León Gordon, «Principio de culpabilidad e individualización de la pena: un ensayo sobre la lesividad del bien jurídico como pauta de perforación del mínimo de las escalas penales. ¿Es posible extender este criterio a los supuestos de extrema vulnerabilidad del agente?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8 (2014); pp. 117 y ss.
- BÖHM, Maria Laura: *Der ‚Gefährder‘ und das ‚Gefährdungsrecht‘: eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen, 2011.
- «El ente inseguritas y la inseguridad del Derecho Penal. Reflexiones a partir del caso alemán», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2012-3); pp. 156 y ss.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., en GRACIA MARTÍN, L. (Dir.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: Una cuestión de límites», *Revista General de Derecho Penal –RGDP–*, núm. 18 (2012); pp. 1-57.
- «Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia», *Revista General de Derecho*, núm. 558 (1991); pp. 1129 y ss.

- BORJA JIMÉNEZ, E., «Globalización y concepciones del Derecho Penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIX, Universidad Santiago de Compostela, 2010; pp. 141 y ss.
- «La agravante de reincidencia y su acomodo constitucional», *Revista General de Derecho*, núm. 552 (1990); pp. 6580 y ss.
- *La aplicación de las circunstancias del delito*, Valencia, 2015.
- *Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*, en ORTS BERENGUER, E. (Dir.)/ALONSO RIMO, A. (Coord.)/ROIG TORRES, M. (Coord.), *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, Valencia, 2015; pp. 149-258.
- BRUALLA SANTOS-FUNCIA, L., «Las reglas de determinación de la pena tras las reformas introducidas por las leyes orgánicas 11/2003 y 15/2003», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4 (2005); pp. 131 y ss.
- BRUNS, Hans-Jürgen, *Das Recht der Strafzumessung: Eine systematische Darstellung für die Praxis*, 2.^a edic., München, 1985.
- *Strafzumessung*, 3.^a edic., Köln, 2016.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *La individualización de la pena en los tribunales de Justicia*, Navarra, 2008.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad*, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (Edit.), *Libro homenaje al Profesor Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007; pp. 187 y ss.
- «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 50 (1997); pp. 345 y ss.
- «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 35 (2003); pp. 9 y ss.
- *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999.
- DETTET, Klaus, *Einführung in die Praxis des Strafzumessungsrechts*, Köln, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: regulación española*, en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (Coord.)/GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (Coord.)/VILLA SEIRO, S. V. (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, pp. 195 y ss.
- ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschul: Zugleich ein Beitrag zur*

- Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie «Schuld»*, Mainz, 1990.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena». *Indret*, núm. 1 (2007).
- FREUND, Georg, «Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf - und MaS-Sregelrecht Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln». *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 157/4 (2010); pp. 193 y ss.
- FRISCH, Wolfgang (Dir.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen, 2011.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: Evolución jurisprudencial», *Revista de Derecho Penal*, núm. 35 (2012), pp. 9 y ss.
- «La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88 (2010); pp. 431 y ss.
- GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *RGDP*, núm. 16 (2011).
- GIANNOULIS, Georgios, *Studien zur Strafzumessung*, Tübingen, 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coord.)/GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2.^a edic., Valencia, 2015.
- GRACIA MARTÍN, L., *Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho*, en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R./MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008; pp. 988 y ss.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Determinación judicial de la pena puntual y principio acusatorio», *Diario La Ley*, núm. 7229 (2009).
- HÖRNLE, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.
- JAREÑO LEAL, A., «Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990», *Poder Judicial*, núm. 22 (1991); pp. 245 y ss.
- KOCH, Hans-Georg, *Freiheitsentziehende Sicherungsmassnahmen aus vergleichender und Rechtspolitischer Perspektive*, en KOCH, Hans-

- Georg (Coord.), *Wegsperrren? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter. Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven*, Berlin, 2011; pp. 493 y ss.
- KOHLSCHÜTTER, Hans, *Die Quanten des Unwerts der Straftat*, Aachen, 2011.
- LANDROVE DÍAZ, G., «La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena», *La Ley*, núm. 3 (2004); pp. 1939 y ss.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho sancionador», en *Homenaje al Profesor. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 589 y ss.
- MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4.^a edic., Berlin Heidelberg, 2015.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a edic., con la colaboración de GÓMEZ MARTÍN, V. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., Barcelona, 2016.
- MUSHOFF, Tobias, *Strafe, Maßregel, Sicherungsverwahrung: Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt a. M., 2008.
- NISTAL BURÓN, J., «Régimen diferenciado de ejecución penal según el tipo delictivo: modificaciones introducidas por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8668 (2015).
- QUESADA MORILLAS, Y. M., «La individualización judicial de la pena en la reforma penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 88 (2006); pp. 237 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Pamplona, 2015.
- ROBLES PLANAS, R., «“Sexual Predators”, Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad». *InDret* (4/2007).
- ROIG TORRES, M., «La reiteración delictiva: algunas reflexiones sobre el nuevo tratamiento en el anteproyecto de reforma del Código Penal», *RGDP*, núm. 19 (2013).
- SCHÄFER, Gerhard, *Praxis der Strafzumessung*, 3.^a edic., München, 2012.
- SCHIER, Jörg-Thomas, *Die Bestimmtheit strafrechtlicher Rechtsfolgen*, Berlin-Münster, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, en ASÚA BATARRITA, A. (Coord.)/GARRO CARRERA, E. (Coord.), *Hechos postdelictivos y sis-*

- tema de individualización de la pena, Universidad del País Vasco, 2009; pp. 13 y ss. También, en *Indret*, núm. 2 (2007).
- STAHL, Dominik, *Strafzumessungstatsachen zwischen Verbrechenstheorie und Strafrecht*, Berlin, 2015.
- STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4.^a edic., Stuttgart, 2012.
- TEIXEIRA, Adriano, *Grundlagen einer tatproportionalen Strafzumessungslehre*, Baden-Baden, 2014.
- TELLO, Pablo L., «Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2 (2014); pp. 194 y ss.
- TIMM, Frauke, *Gesinnung und Straftat: Besinnung auf ein rechtsstaatliches Strafrecht*, Berlín, 2012.
- WEIGEL, Hannah, *Entwicklung, Gegenwart und Perspektiven des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Hamburg, 2015.
- WISCHKA, Bernd (Coord.), *Behandlung von Straftätern*, Freiburg i. Br., 2012.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2009-1); pp. 203 y ss.